

**DA LEGITIMIDADE DOS FILHOS CONCEBIDOS NA
CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, AINDA QUE ANULADO
OU MESMO NULO, INDEPENDENTEMENTE DA BOA
OU MÁ FÉ DE SEUS PAIS.**

**SUGESTÕES PARA A REFORMA DO ANTEPROJETO
DE CÓDIGO CIVIL**

Jacyr Villar de Oliveira

Sumário: SUGESTÕES: **primeira:** com referência ao artigo 1752 do Anteprojeto; e **segunda:** ao artigo 1785 do Anteprojeto.

1. Apresentação do problema; 2. A nulidade do casamento; 3. O casamento putativo; 4. O direito comprovado; 5. O Anteprojeto de Código Civil de Orlando Gomes; 6. O avanço da legislação, da doutrina e da jurisprudência em matéria de FAMÍLIA; 7. O princípio da igualdade; 8. Reflexos no direito sucessório; 9. Conclusão: 9.1. — Em relação aos filhos, 9.2. — Em relação aos pais.

Obras consultadas.

Observações do Autor, considerado o texto revisto do Anteprojeto.

Sugestões para a reforma do Anteprojeto de C. Civil

Primeira: Ao artigo 1752 fica acrescido o seguinte parágrafo:

parágrafo 2.º: SE AMBOS OS CÔNJUGES ESTAVAM DE MÁ FÉ AO CELEBRAR O CASAMENTO, OS SEUS EFEITOS CIVIS SÓ AOS FILHOS APROVEITARÃO.

Segunda: O art. 1785 passa a vigorar com a seguinte redação: SÃO LEGÍTIMOS OS FILHOS CONCEBIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, AINDA QUE ANULADO OU MESMO NULO, INDEPENDENTE DA BOA OU MÁ FÉ DE SEUS PAIS.

1. *Apresentação do problema.* No Código Civil em vigor os artigos 221 e 337 correspondem aos artigos 1752 e 1785 do ANTEPROJETO de CÓDIGO CIVIL.

Portanto, a situação dos filhos, em caso de NULIDADE do casamento, quando contraído de MÁ FÉ por *ambos os pais* é a mesma, quer no Código vigente quer no Anteprojeto.

Permanecem eles *ILEGÍTIMOS*.

Nenhum passo foi dado a seu favor. O que era, ficou.

2. *A NULIDADE do casamento.* O matrimônio celebrado com violação de impedimento absoluto (C. Civil, art. 183, I a VIII e Anteprojeto, arts. 1736 e 1708, I a VIII) é *NULO*.

Não produz, em princípio, nenhum efeito: "quod nullum est nullum effectum producit" (C. Civil, art. 207).

3. *O casamento putativo.* O motivo do impedimento, todavia, pode ser desconhecido pelos contraentes, por ambos ou por um deles apenas. Vale dizer: pode haver BOA FÉ por parte dos nubentes ou de um deles, no momento da celebração do ato.

Daí o amparo não só aos cônjuges como à prole, em razão dessa boa fé, através do instituto do CASAMENTO PUTATIVO.

O casamento é NULO. Por questão de FICÇÃO LEGAL considera-se a boa fé e se atribuem efeitos jurídicos a um ato que não produz efeitos.

Toma-se por válido o que é nulo.

O fundamento, qual é? É a boa vontade, a indulgência, a piedade, a equidade, o favor que a lei dá aos cônjuges ou ao cônjuge de boa-fé e, por via de consequência, aos seus filhos.

É instituto criado em benefício da família, da prole (*favorem prolis*).

Discutível a origem, se existiu ou não no Direito Romano.

Indiscutível, porém, o desenvolvimento ao mesmo dado pelo Direito Canônico.

E por quê?

Porque tais eram os casos de impedimentos constantes do Direito Canônico, em razão do parentesco, que se tornaram frequentes os matrimônios em que os cônjuges desconheciam, realmente, as causas do impedimento, o que gerava sérias e longas discussões entre os teólogos.

Então, para amparar àqueles que queriam, com boa intenção, obter o SACRAMENTO, a lei canônica tratou de aperfeiçoar o instituto, bastante a boa-fé de um dos noivos (Código de Direito Canônico, cânon 1014).

4. *O direito comparado.* A Inglaterra adotou o casamento civil em 1836 e REPUDIOU o casamento putativo.

Os Estados Unidos seguiram o exemplo.

Já o Código Suíço o admite, MAS trata os filhos como LEGÍTIMOS, ainda que inócurrenente a boa-fé.

É o que consta do seu *art. 133*:

“Se um casamento foi declarado inválido, consideram-se os filhos, não obstante, LEGÍTIMOS, sem atenção à boa-fé ou má fé dos pais. As relações entre os filhos serão reguladas de acordo com as disposições estabelecidas no caso de divórcio”.

O Código Civil Espanhol, que também o aceita, nos moldes do Suíço, tem o seu *artículo 69* assim redigido:

“El matrimonio contraído de buena fé produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo. Si ha intervenido buena fe de parte uno solo de los conjuges, surte unicamente efectos respecto de el y de los hijos. La buena fe se presume, si no consta lo contrário. Si *hubiere intervenido mala fe de ambos conjuges, el matrimonio solo surtirá efectos civiles respecto de los hijos*”.

La buena fe se presume, si no consta lo contrário.

Si hubiere intervenido mala fe de ambos conjuges, el matrimonio solo surtirá efectos civiles respecto de los hijos.

Em Portugal, o *Decreto de 1910*, nos arts. 30 e 31, “reconhece efeitos, quanto à legitimidade dos filhos NÃO INCESTUOSOS, também ao casamento nulo ou anulável contraído de MÁ FÉ”, sendo

que a exceção relativa aos incestuosos é pela índole dos povos indo-europeus, que rejeita uniões de pessoas ligadas por parentesco próximo.

E o atual Código Civil de Portugal, aprovado pelo Dec. lei 47.344, de 25.XI.1966, regula o assunto no *artigo 1802*:

O casamento civil anulado é relevante para o efeito da legitimidade dos filhos, ainda que tenha sido contraído de *má fé por ambos os cônjuges*.

5. *O anteprojeto de C. Civil de Orlando Gomes*. Já o professor Orlando Gomes, sensível ao problema, previu, no art. 132 do seu anteprojeto, o casamento putativo e, no art. 133, a legitimidade dos filhos, artigo que tem este texto:

A nulidade ou a anulação do casamento não obsta à legitimidade do filho havido antes ou na constância dele, estivessem ou não, de boa-fé os pais.

6. *O avanço da legislação, da doutrina e da jurisprudência em matéria de FAMÍLIA*. É marcante o avanço em matéria de Direito de Família, em atenção à realidade do cotidiano.

Assim, dentre outros temas: o reconhecimento dos filhos adulterinos, inclusive os adulterinos "a matre"; o reconhecimento para fins de inventário, independentemente de ação investigatória de paternidade; o reconhecimento dos adulterinos apesar da não dissolução da sociedade conjugal, quando houver separação ininterrupta do casal por mais de cinco anos (art. 1807, parágrafo único do Anteprojeto); a igualdade da mulher em relação ao marido (Lei 4.121/62); o reconhecimento de direitos à concubina (sociedade de fato, Súmula 380; acidente de trabalho ou de transporte, direito à indenização — Súmula 35; previdência social; direito ao uso do nome do amásio), etc.

6. *O princípio da igualdade*. Hoje, mais do que ontem, se clama por IGUALDADE.

Dos grandes movimentos sociais do mundo atual o maior deles é, por certo, o anseio de IGUALDADE entre os povos e entre as pessoas.

Igualdade em tudo: nos direitos, nas obrigações. Nos planos: moral - social, econômico, intelectual, sexual, profissional, etc. E, sobretudo, no jurídico.

Por que, então, ainda manter, no quadro da legislação, principalmente no que concerne à situação dos filhos, diversidade de tratamento para casos iguais, quais sejam os dos *FILHOS* nascidos de *CASAMENTO NULO*, igualmente *NULO* (de boa ou má fé)?

Se o ato jurídico é “reputado verdadeiro, o que, de fato, não é”; se se trata “de casamento fictício, imaginário”; se é construção da lei, por que não abandonar o critério de estender o benefício da boa-fé dos cônjuges à prole e adotar-se outro critério, indo dos filhos para os pais, considerando a posição de igualdade entre aqueles, sem levar-se em linha de conta a boa ou má fé destes?

Se no casamento putativo o casamento é nulo e continua nulo por que não dar ao filhos de outro também casamento nulo (o de má fé) o mesmo tratamento de LEGÍTIMOS?

Coloquemos, lado a lado, os filhos — não os pais — provenientes de casamento putativo (boa-fé) e do nulo (de má-fé). Como entenderem eles que são *legítimos* os primeiros e *ilegítimos* os segundos?

Se há um matrimônio, ainda que NULO, por que culpar, de modo tão cruel, o filho, que não teve participação na vontade de seus pais?

Dir-se-á que, por construção doutrinária e jurídica, se considera que o vício que inquinava o ato não existiu até que fosse declarado.

Ora, se se pode construir, assim, com tanta facilidade, por que não, com a mesma singeleza, pensar que o filho nada tem com a má-fé de seus pais?

E construir em ordem inversa: se se estende aos filhos a boa-fé dos pais, deve-se negar a eles — e com mais forte razão — as consequências da má-fé daqueles.

Em caso contrário, é a punição atingindo a pessoa do inocente, que em nada colaborou com a infração à lei. Paga-se por nada se ter feito.

E não se diga que coisa alguma se paga: o *estado de legitimidade* que é negado (aspecto moral); a *não participação como herdeiro* total ou parcialmente (aspecto patrimonial) são sanções bastante severas, já que se reconhece aos filhos, sem dúvida, o direito a alimentos (C. Civil, arts. 405 e 367 e Anteprojeto, arts. 1815 e 1819).

Argumentar-se-á, a outro turno, com o comprometimento demasiado da observância das normas proibitivas do casamento, já que a sanção fica atenuada ao máximo.

Ora, sabe-se, pela jurisprudência, que os casos de NULIDADE se referem, quase sempre, a pessoas já casadas, anteriormente, não sendo comuns processos em que se focaliza parentesco próximo (incesto).

Mas, para evitar o esmorecimento dos costumes, com a multiplicação de casamentos nulos (de má-fé), a lei penal cuida de opor óbices a tal desiderato, tipificando, como CRIMES: a BIGAMIA; a OCULTAÇÃO DE IMPEDIMENTO e o CONHECIMENTO PRÉVIO DE IMPEDIMENTO (artigos 235, 236 e 237 do Código Penal).

7. *Reflexos no direito sucessório.* Os filhos de casamento nulo (má-fé) são ILEGÍTIMOS — sistema vigente e do anteprojeto — e classificados como:

a) *naturais* (ex. C. Civil, art. 183, VIII — Anteprojeto, art. 1708, VII: casamento entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte);

b) *espúrios — adulterinos* (ex. C. Civil, art. 183, VI — Anteprojeto, art. 1708, VI: casamento de pessoas já casadas);

c) *espúrios — incestuosos* (ex. C. Civil, art. 183, I e anteprojeto, art. 1708, I: casamento entre parentes próximos, pai e filha, irmãos).

Conforme o tipo decorrerá a situação sucessória.

Assim, os *naturais*, são iguados aos legítimos e legitimados (C.C. art. 1605), o mesmo ocorrendo em caso de concorrência dos naturais com legítimos ou legitimados, por força de equiparação entre eles processada pelo art. 126 da Constituição Federal de 1937, que derogou o parágrafo 1.º do art. 1605 do C. Civil.

Aliás, se hoje estão equiparados, o mesmo não acontecerá se aprovado o *parágrafo único do art. 2039* do Anteprojeto, que atribui aos ilegítimos que concorram com legítimos ou legitimados 2/3 (dois terços) da herança cabível a cada um desses.

Já os *adulterinos* recebem a metade do que ganham os legítimos ou legitimados, a título de amparo social (lei 883/49), recebendo por inteiro se concorrem sozinhos ou com naturais.

Pelo Anteprojeto passarão, em caso de concorrência com legítimos, a receber 2/3 do que couber a esses.

O Anteprojeto piora a situação dos naturais e melhora a dos adulterinos.

Já no que tange aos incestuosos, *NADA HERDAM*, porque “não podem ser reconhecidos em hipótese alguma. Proibição absoluta implica negação de sua existência jurídica, não há cogitar de sua situação com a morte do genitor. Sucedem (casamento putativo) relativamente ao ascendente de boa-fé”, sendo que há quem entenda que sucedem a ambos os cônjuges, ainda àquele de má-fé, solução apoiada pela jurisprudência.

Em resumo: pelo C. Civil vigente os naturais recebem o mesmo que os legítimos; os adulterinos, a metade; e os incestuosos, nada.

Pelo Anteprojeto os naturais e os adulterinos receberão dois terços — 2/3 e os incestuosos, nada.

E os filhos — nos dois sistemas —, em sendo o matrimônio putativo, receberão como os legítimos porque legítimos são considerados.

9. CONCLUSÃO.

9.1 — *Em relação aos filhos.*

Os filhos são legítimos quando o casamento dos pais seja nulo, independentemente de boa ou má-fé desses.

9.2 — *Em relação aos pais.*

Em havendo má-fé, os efeitos do casamento não aproveitarão ao cônjuge ou aos cônjuges de má-fé. Essa conseqüência e mais a configuração de crimes contra a família e o casamento representam sanções suficientes ao procedimento ilegal dos agentes.

Ficam, assim, perfeitamente delimitadas as posições dos filhos e dos seus pais, arcando esses, pessoalmente, como convém, com as conseqüências dos seus próprios atos.

OBRAS CONSULTADAS

1. Washington de Barros Monteiro — Curso de Direito Civil — 2.º vol., 1971 — Saraiva, pág. 100.
2. Clóvis Beviláqua — Código Civil — 6.º vol. — 1953, pág. 64.
3. Vicente de Faria Coelho — Nulidade e Anulação de Casamento, 1962 — Freitas Bastos — págs. 334 e segs.
4. Pontes de Miranda — Tratado de Direito de Família, 1947 — Max Limonad — vol. I, págs. 384 e segs.
5. Sílvio Rodrigues — Direito Civil — Max Limonad, vol. 6 — pág. 126.

6. Luiz da Cunha Gonçalves — Tratado de Direito Civil — Coimbra — 1932 — vol. VI — págs. 248 e 249.

7. Alípio Silveira — O casamento putativo no Direito Brasileiro — Editora Universitária de Direito Ltda., 1972, págs. 7 e 8.

8. Roberto de Ruggiero — Instituições de Direito Civil, 1972 — 2.º vol., pág. 94 — nota de rodapé.

9. Arnaldo Medeiro da Fonseca — Investigação de paternidade — 3.ª edição, 1958, pág. 282.

10. Orlando Gomes — Direito de Família — Forense — 1968, págs. 71, 109 e segs.; e 218.

— Anteprojeto de Código Civil.

OBSERVAÇÕES DO AUTOR, CONSIDERADO O TEXTO REVISTO DO ANTEPROJETO.

I. — Este estudo foi enviado, em 29 de novembro de 1972, à Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, a título de colaboração ao ANTEPROJETO DE CÓDIGO CIVIL.

II. — Verifica-se pela leitura do TEXTO REVISTO pela Comissão Elaboradora e Revisora que a sugestão que visava tornar legítimos os filhos concebidos na constância de casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, independentemente da boa ou má-fé de seus pais, não foi aceita, esperando o autor seja ela considerada, por ocasião dos trabalhos no Congresso Nacional.

III. — TODAVIA, pelo menos em parte, foi aceita a crítica feita no item 7 do trabalho: REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO, referente à diversidade de tratamento, em matéria sucessória, quando fôr caso de filhos ilegítimos.

O texto do art. 2039 do primitivo Anteprojeto tinha essa redação:

«Os descendentes da mesma classe, legítimos ou legitimados, têm os mesmos direitos à sucessão do ascendente comum.

Parágrafo único: Se com eles concorrer filho ilegítimo, a este tocarão dois terços da herança cabível a cada um daqueles».

Em nosso trabalho concluímos que, a ser aprovado o **parágrafo único** com esta redação, ficaria prejudicada a situação dos naturais e melhorada a dos **adulterinos**, já que os primeiros, pela situação vigente, estão equiparados aos legítimos ou legitimados, e os segundos recebem a metade do que ganham os legítimos ou legitimados.

Talvez como decorrência desta análise o texto tenha sido alterado profundamente, passando a ter, no Anteprojeto Revisto, a seguinte redação o artigo 2018 que corresponde ao antigo 2039:

Art. 2018:

«Os descendentes da mesma classe, legítimos, legitimados ou ilegítimos, têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

Parágrafo único:

Se, porém, o filho ilegítimo fôr reconhecido na constância do casamento, a ele tocarão somente dois terços da herança cabível a cada um daqueles».

CONCLUI-SE, pois, «a contrário sensu», se o reconhecimento do filho ilegítimo fôr realizado fora da constância do casamento, terá ele os mesmos direitos dos legítimos ou legitimados.

Restabelece-se, em parte apenas, o tratamento que é dispensado atualmente ao filho natural, já que a lei vigente não distingue se o reconhecimento deve ser feito ou não na constância do casamento.

No que tange ao filho **adulterino** é preciso notar ainda que o primitivo texto do parágrafo único do art. 1807, como o texto do parágrafo único do art. 1794 do Anteprojeto Revisto — têm a mesma redação:

«Equipara-se à dissolução, para esse efeito (o do reconhecimento), a separação ininterrupta do casal por mais de cinco anos, devidamente comprovada em juízo».

Mas, se aprovado o texto do parágrafo único do art. 2018 (texto revisto) o filho **adulterino**, que pelo texto primitivo receberia 2/3 passará a receber integralmente como os legítimos, se fôr reconhecido após a dissolução da sociedade conjugal, somente recebendo 2/3 se o reconhecimento fôr feito na constância da sociedade conjugal, quando houver separação ininterrupta do casal por mais de cinco anos.

Se é certo que a situação dos **adulterinos** melhorou ainda mais, a verdade é que a posição dos **naturais**, como consta de nossa crítica, conquanto melhorada em relação ao texto primitivo, continua inferior a regulamentação vigente, que não impõe a restrição de ser o reconhecimento feito fora da constância da sociedade conjugal.

IV. — A maior abertura feita em relação aos **filhos adulterinos** representa um estímulo aos membros do Congresso Nacional, no sentido de que revejam a situação dos filhos havidos de casamento nulo ou anulado independentemente da boa ou má-fé de seus pais, a fim de considerá-los **legítimos**, como proposto neste estudo.

V. — Correspondência entre artigos:

Anteprojeto primitivo		—	Anteprojeto revisto.	
Art.	1752	—	Art.	1738
	1785	—		1772
	1736	—		1723
	1708, I a VIII	—		1695, I a IX
	1807, parágrafo único	—		1794, par. único.
	1815	—		1801
	1819	—		1805
	1708, VII	—		1695, VII
	1708, VI	—		1695, VI
	1708, I	—		1695, I
	2039	—		2018

Destes, somente o art. 2018 deu nova redação ao art. 2039.